

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le secret professionnel face à l'enfance maltraitée

Colette-Basecqz, Nathalie

Published in:

Annales de droit de Louvain

Publication date:

2002

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Colette-Basecqz, N 2002, 'Le secret professionnel face à l'enfance maltraitée', *Annales de droit de Louvain*, VOL. 62, Numéro 1/2, p. 3-30.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

IDÉES ET PERSPECTIVES

Le secret professionnel face à l'enfance maltraitée

par Nathalie COLETTE-BASECOZ

Assistante à la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain,
Avocat

SOMMAIRE

- I. — PRÉSENTATION DE L'ARTICLE 458BIS DU CODE PÉNAL
 - a) *Une permission légale de révéler le secret*
 - b) *Une permission octroyée à tous les dépositaires du secret*
 - c) *Pour les délits et les crimes énumérés à l'article 458bis du Code pénal*
 - d) *Moyennant un danger grave et imminent pour l'intégrité mentale ou physique du mineur*
 - e) *Moyennant un examen préalable de la victime ou une réception directe des confidences de celle-ci*
 - f) *Principe de subsidiarité*
 - g) *L'information est donnée au procureur du Roi*
2. — AUTRES DÉROGATIONS LÉGALES À L'OBLIGATION AU SECRET PROFESSIONNEL
3. — OBLIGATION LÉGALE DE PORTER SECOURS À UNE PERSONNE EN DANGER
4. — ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE JUSQU'À LA LOI DU 28 NOVEMBRE 2000
 - a) *Première hypothèse : le patient est l'auteur d'une infraction*
 - b) *Deuxième hypothèse : le patient est la victime d'une infraction*
5. — QUELQUES QUESTIONS SUSCITÉES PAR L'ARTICLE 458BIS DU CODE PÉNAL
 - a) *Mise en cause du fondement du secret*
 - b) *Confusion dans l'esprit des confidents*
 - Quant aux cas de révélation
 - Quant à la disposition applicable
 - c) *Une meilleure protection des mineurs?*
 - d) *Protection des autres personnes vulnérables*

L'article 33 de la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs insère dans le Code pénal une nouvelle disposition qui permet légalement de déroger à l'obligation au secret professionnel ¹.

Cette disposition, en ce qu'elle concerne l'attitude des professionnels soumis à l'obligation au secret, face à la situation particulière des enfants maltraités, mérite que nous y consacrons des développements spécifiques.

*

* *

Bien avant le dépôt du projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, plusieurs initiatives parlementaires avaient été prises en Belgique, à la suite d'une Recommandation 561/69 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 30 septembre 1969 ², en vue de permettre aux personnes tenues au secret professionnel de révéler les mauvais traitements infligés à des mineurs ³. Ces initiatives n'avaient toutefois pas abouti.

Dans le même mouvement encourageant le droit de signaler un abus, la Commission nationale contre l'exploitation sexuelle des enfants, dans son rapport final du 23 octobre 1997, s'est penchée sur la place du secret professionnel dans les cas de maltraitance d'enfants ⁴. Le rapport final énonce ainsi : « *Si la commission nationale plaide pour un droit de signaler un abus, et non pas pour une obligation, il convient que la loi permette de signaler au*

¹ « Toute personne qui, par état ou par profession, est dépositaire de secrets et a de ce fait connaissance d'une infraction prévue aux articles 372 à 377, 392 à 394, 396 à 405ter, 409, 423, 425 et 426, qui a été commise sur un mineur, peut, sans préjudice des obligations que lui impose l'article 422bis, en informer le procureur du Roi, à condition qu'elle ait examiné la victime ou recueilli les confidences de celle-ci, qu'il existe un danger grave et imminent pour l'intégrité mentale ou physique de l'intéressé et qu'elle ne soit pas en mesure, elle-même ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité » (article 33 de la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs, *Mon. B.*, 17 mars 2001, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001).

² Recommandation 561 (1969) relative à la protection des mineurs contre les mauvais traitements, adoptée par l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe le 30 septembre 1969, 21^e session ordinaire.

³ La plus ancienne proposition de loi est celle du député Brimant, déposée le 18 décembre 1975, reprise le 19 octobre 1978 par le sénateur Ryckmans et visant à compléter l'article 458 du Code pénal (*Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1975-1976, n° 771/1; *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1977-1978, n° 467/1). Plus tard, une proposition de loi, émanant du ministre de la Justice, Herman Vandepoorten, a été déposée sur le bureau du Sénat le 29 mars 1980 (*Doc. Parl.*, Sén., sess. ord. 1979-1980, n° 421/1). Voy. P. LAMBERT, « Enfants maltraités et toxicomanes dans la polémique du secret professionnel », *R.D.P.C.*, 1990, pp. 316-317; P. LAMBERT, « Le secret médical : questions pratiques », in *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, Actes du Colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 8 mai 1992, Liège, éd. du Jeune Barreau de Liège, 1993, p. 131.

⁴ Commission nationale contre l'exploitation sexuelle des enfants, *Les enfants nous interpellent*, Bruxelles, Service Fédéral d'information, 1997, point 13, p. 49.

Parquet un mineur en danger sans que cela ne constitue une violation du secret professionnel ».

C'est également en faveur d'une possibilité de parler que la loi du 28 novembre 2000 a opté, en ajoutant un article 458*bis* au Code pénal. Il a finalement été décidé de faire figurer la dérogation au secret professionnel dans un article 458*bis* nouveau, plutôt que de compléter l'article 458 du Code pénal par un alinéa 2, ainsi qu'il en était question initialement.

Dans les travaux préparatoires de la loi du 28 novembre 2000, le ministre de la Justice explique ce choix : « *le but était d'éviter de toucher à l'article 458 du Code pénal, ainsi qu'à la doctrine et à la jurisprudence qui en découlent* ». Il poursuit : « *l'article 458 reste donc intégralement applicable. L'article 458*bis* règle le droit de parole qui, dans certaines circonstances, peut constituer une exception au principe général du secret* »⁵.

L'adoption d'une nouvelle disposition relative au secret professionnel ne s'est toutefois pas faite sans discussions parlementaires animées⁶, ce qui démontre à quel point la matière est délicate.

Il convient de reconnaître que l'article 458*bis*, contenant la permission légale de déroger au secret professionnel dans les cas de maltraitance d'enfants, est plus rassurant que les précédentes versions du projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs. Par exemple, était absente la référence à un danger grave et imminent⁷, on se satisfaisait d'un simple soupçon pour dénoncer (« *constatation personnelle des faits qui laisse supposer...* »)⁸, la dérogation était limitée à l'hypothèse où le mineur était âgé de moins de 14 ans⁹, il était question d'un « *service compétent* » qui n'était pas défini¹⁰,...

⁵ Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Nathalie de t'Serclaes, Discussion, *Doc. Parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-280/13, p. 2.

⁶ Selon les milieux de la santé mentale, la disposition en projet est trop portée sur une idée de délation et pourrait ainsi entraîner un effet pervers (Projet de loi relative à la protection pénale des mineurs, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Nathalie de t'Serclaes, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, n° 2-280/5, p. 8). Voy. aussi M. HIRSCH, N. KUMPS, « Secret professionnel et violence à l'égard des mineurs », in *Le secret professionnel*, Actes du Colloque des 8 et 9 novembre 2001 organisé par l'association des juristes namurois, sous la dir. de D. KIGANAHE et Y. POULLET, Bruxelles, La Charte, 2002, pp. 236-240.

⁷ Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1998-1999, n° 1907/1, p. 55.

⁸ Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1998-1999, n° 1907/12, p. 15.

⁹ Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, texte adopté en séance plénière et transmis au Sénat, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1998-1999, n° 1907/14, p. 15.

¹⁰ *Ibidem*.

Cependant, nous remarquons que la nouvelle disposition, telle qu'elle a été adoptée par le législateur, pose encore des problèmes d'application et d'interprétation ¹¹.

Nous précisons la portée du nouvel article 458*bis* du Code pénal en même temps que nous rendons compte de plusieurs observations critiques sur cette disposition légale. Nous la mettons ensuite en parallèle avec les exceptions à l'obligation au secret découlant de l'article 458 du Code pénal ainsi qu'avec l'article 422*bis* du Code pénal. Après avoir retracé l'évolution de la jurisprudence en matière de secret professionnel jusqu'à la loi du 28 novembre 2000, nous nous pencherons sur quelques questions suscitées par l'article 458*bis* du Code pénal.

*

* *

1. — PRÉSENTATION DE L'ARTICLE 458*BIS* DU CODE PÉNAL

a) — Une permission légale de révéler le secret

L'article 458*bis* du Code pénal a introduit une nouvelle permission légale de déroger à l'obligation au secret. Il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation de dénoncer des faits de maltraitance commis à l'égard de mineurs d'âge.

Le législateur n'a heureusement pas opté pour une dénonciation obligatoire des faits de maltraitance, ce qui aurait complètement mis à mal le fondement même du secret professionnel. En effet, la *ratio legis* de l'obligation au secret professionnel « *repose, en ce qui concerne les médecins, sur la nécessité d'assurer une entière sécurité à ceux qui doivent se confier à eux et de permettre à tout patient d'obtenir les soins qu'exige son état, quelle qu'en soit la cause* » ¹². Or, l'auteur des faits de maltraitance, aussi répréhensibles que soient ces faits, doit pouvoir recourir, en toute confiance, aux services d'un professionnel pour se faire aider. Il en est de même pour la personne que l'on veut protéger, qui doit pouvoir se confier au médecin, sans crainte de ce que ses confidences ne conduisent *ipso facto* à l'interpellation du proche mis en cause.

¹¹ Voy. aussi M. HIRSCH, N. KUMPS, « Secret professionnel et violence à l'égard des mineurs », *op. cit.*, p. 240.

¹² Cass., 23 juin 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 1180; Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1102.

L'article 458*bis* du Code pénal se limite ainsi à prévoir une permission légale de déroger à l'obligation au secret moyennant le respect de conditions précises. En cela, cette permission se rapproche de l'exception tirée du témoignage en justice prévue à l'article 458 du Code pénal¹³ qui laisse au dépositaire du secret, appelé à témoigner en justice, la possibilité de révéler ou non le secret, selon les circonstances propres à chaque cas. La permission désormais reconnue par la loi, à l'article 458*bis* du Code pénal, au dépositaire du secret de déroger à son obligation au secret lui permet également d'apprécier en son âme et conscience le comportement le plus approprié à la situation qu'il rencontre.

Le professionnel peut ainsi ne pas faire usage de la permission légale de déroger au secret que lui accorde l'article 458*bis* du Code pénal. Cependant, celui qui garde le secret sans toutefois prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde de l'intégrité du mineur, risque d'être poursuivi du chef de non assistance à personne en danger, comme le prévoit la formule insérée dans le texte de l'article 458*bis* du Code pénal « *sans préjudice des obligations que lui impose l'article 422bis du Code pénal* »¹⁴.

Il a été avancé dans les travaux préparatoires¹⁵ de la loi du 28 novembre 2000 que la figure juridique de l'article 458*bis* du Code pénal serait une cause d'excuse absolutoire qui « exonérerait de peine ». Pour rappel, l'excuse absolutoire laisse subsister l'infraction; l'auteur est par ailleurs reconnu coupable, il est toutefois exempt de peine.

A l'instar d'autres auteurs¹⁶, nous pensons en revanche que l'article 458*bis* du Code pénal a introduit une nouvelle autorisation légale de parler, constituant une cause de justification de la violation du secret.

¹³ Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1998-1999, n° 1907/1, p. 38. Voy. aussi I. WATTIER, « La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs », *J.T.*, 2001, p. 444; P. DE POORTER, « Secret professionnel et secret de la confession », *J.T.*, 2002, p. 203.

¹⁴ Pour une analyse nuancée de la référence à l'article 422*bis* du Code pénal, voy. M. HIRSCH, N. KUMPS, « Secret professionnel et violence à l'égard des mineurs », *op. cit.*, pp. 245-246.

¹⁵ Projet de loi relative à la protection pénale des mineurs, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Nathalie de t'Serclaes, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, n° 2-280/5, p. 9; Projet de loi relative à la protection pénale des mineurs, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Nathalie de t'Serclaes, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-280/13, p. 2.

¹⁶ F. HUTSEBAUT, « De wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen : een overzicht », in L. DUPONT, R. VERSTRAETEN en F. HUTSEBAUT (eds.), *Strafprocesrecht. Themis-School voor post-academische juridische vorming*, Brugge, die Keure, p. 98; I. VAN DER STRAETE et J. PUT, « Het spanningsveld tussen beroepsgeheim in kindermishandeling : wetgevende initiatieven in België en Nederland », *T. Gez. / Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 73; I. WATTIER, « La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs », *op. cit.*, p. 445; Voy. M.-N. VERHAEGEN, J. HERVEG, « Quand la communication du secret médical à des tiers est mise en cause », in *Le secret professionnel*, Actes du Colloque des

Nous notons tout d'abord que contrairement à la formulation qui avait été proposée dans le projet de loi du 4 janvier 1999 (« *les personnes (...) n'encourent aucune peine lorsque...* »), l'article 458bis du Code pénal dispose désormais que toute personne tenue au secret professionnel *peut* informer le procureur du Roi, moyennant le respect de certaines conditions. Nous pensons pouvoir inférer de cette formulation qu'il s'agit plutôt d'une cause de justification objective tirée de l'article 70 du Code pénal, consistant en une autorisation de la loi.

Il est vrai que le texte néerlandais de l'article 458bis du Code pénal utilise, à dessein, le terme « *kunnen* » (possibilité) au lieu de « *mogen* » (autorisation)¹⁷. Malgré ce choix délibéré du verbe « *kunnen* » pour justifier qu'il s'agirait d'une cause d'excuse, il nous est permis de douter que le législateur ait bien compris que la cause de justification objective tirée de l'article 70 du Code pénal porte non seulement sur l'obligation légale de parler, mais aussi sur l'autorisation de parler¹⁸. Cette confusion ressort notamment de ce passage des travaux préparatoires de la loi du 28 novembre 2000 : « *La disposition proposée ne constitue manifestement pas une cause de justification (article 70 du Code pénal), étant donné qu'elle offre une possibilité aux intéressés et ne leur impose aucune obligation* ».

Les travaux préparatoires de la loi poursuivent : « *Il s'agit donc d'une cause d'excuse spécifique qui ne déroge pas aux principes de l'état de nécessité. Il n'y a pas de violation du secret professionnel lorsque toutes les conditions sont remplies (...); les informations et preuves ainsi obtenues auront été recueillies régulièrement et n'affecteront pas la régularité de l'action publique* »¹⁹. Ces termes renvoient à la définition d'une cause de justification objective, dont l'effet est précisément qu'il n'y a pas de violation du secret professionnel.

Force est de regretter le manque de cohérence à cet égard de la part du législateur, qui déclare opter pour la figure juridique de l'excuse alors qu'il la définit par référence à la cause de justification objective de l'état de nécessité qui, quant à elle, fait plus qu'exonérer de peine puisqu'elle rend licite la révélation du secret.

En outre, si, comme l'avance le législateur, la régularité des poursuites n'est pas affectée par les révélations faites dans le respect des conditions

8 et 9 novembre 2001 organisé par l'association des juristes namurois, sous la dir. de D. KIGANAHE et Y. POULLET, Bruxelles, La Charte, 2002, pp. 109-138.

¹⁷ Projet de loi relative à la protection pénale des mineurs, discussion des articles, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2000-2001, n° 0695/009, p. 52.

¹⁸ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3^e éd., t. I^{er}, Gand, 1879, p. 467, n° 614.

¹⁹ Projet de loi relative à la protection pénale des mineurs, discussion des articles, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2000-2001, n° 0695/009, p. 52.

visées à l'article 458*bis* du Code pénal, c'est parce que ces révélations sont autorisées par la loi. Si l'article précité contenait une cause d'excuse, les informations recueillies dans ce cadre entraîneraient la nullité des poursuites. En effet, la cause d'excuse laisse intact le caractère infractionnel des révélations effectuées. Or, l'obtention d'une preuve par violation du secret professionnel est illégale.

De surcroît, les travaux préparatoires de la loi ²⁰ font clairement apparaître que l'article 458*bis* du Code pénal est en réalité une concrétisation partielle de la notion d'état de nécessité, dans des situations particulières. Là encore, il est fait référence à une cause de justification objective.

Enfin, se rallier à la thèse d'une excuse absolutoire reviendrait à traiter distinctement les dépositaires de secrets, selon qu'ils invoquent l'état de nécessité pour justifier une violation de l'obligation au secret professionnel, ou qu'ils se fondent sur l'article 458*bis*. Cette objection a d'ailleurs été soulevée, à juste titre, par Madame Nyssens ²¹ lors des travaux préparatoires de la loi du 28 novembre 2000.

b) — Une permission octroyée à tous les dépositaires du secret

L'article 458*bis* du Code pénal s'applique, de manière très large, à toutes les personnes qui, par état ou par profession, sont dépositaires du secret.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 20 février 1905 ²², a décidé que l'obligation au secret professionnel est applicable indistinctement à toutes les personnes investies d'une fonction ou d'une mission de confiance qui sont constituées par la loi, la tradition et les mœurs, comme les dépositaires nécessaires des secrets qu'on leur confie.

La jurisprudence a précisé, au fil du temps, quelles étaient les personnes tenues au secret professionnel ²³. De même, des lois particulières ou des décrets ont allongé la liste des personnes tenues au secret professionnel. A

²⁰ Projet de loi relative à la protection pénale des mineurs, auditions, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2000-2001, n° 0695/009, pp. 21, 27 et 37.

²¹ Projet de loi relative à la protection pénale des mineurs, Amendement n° 80 de M^{me} Nyssens, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Nathalie DE T'SERCLAES, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-280/12, p. 2 et n° 2-280/1313, p. 4.

²² Cass., 20 février 1905, *Pas.*, 1905, I, p. 141.

²³ Sont ainsi reconnus comme dépositaires de secret tous les professionnels de la santé intervenant dans une relation de soins, qu'ils soient médecins ou paramédicaux (Cass., 9 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 662; Mons, 9 décembre 1975, *Pas.*, 1976, II, p. 159), leurs collaborateurs obligés tels secrétaires, téléphonistes, stagiaires, ambulanciers du service 100 (Corr. Charleroi, 27 juin 1974, *J.T.*, 1975, p. 28; Liège, 6 mars 1985, *J.L.M.B.*, 1985, p. 663, note A. SPIRLET), conjoints aidants, médecins directeurs d'établissements hospitaliers (Cass., 30 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 248; Bruxelles, 3 janvier 1972, *Pas.*, 1972, II, p. 56; Bruxelles, 23 octobre 1990, *J.T.*, 1991, p. 496). Décisions citées par Ch. HENNAU-HUBLET, « Le secret médical et ses limites. La dynamique du secret tend-elle vers son occultation? », *Louvain Méd.*, 1998, p. 171.

côté des professions énumérées à l'article 458 du Code pénal (dont les médecins), se sont notamment ajoutés les avocats, les psychologues, les professions paramédicales, les ambulanciers, les assistants sociaux, les médiateurs familiaux, le personnel du CPAS ou des mutuelles, les stagiaires,...²⁴ En outre, le fait qu'une personne intervienne bénévolement ou de manière occasionnelle ne la délivre pas de son obligation au secret²⁵. Cette personne reste tenue au secret même après que sa fonction a pris fin, pour les faits et confidences recueillis dans le cadre de l'exercice de cette fonction ou à l'occasion de cet exercice.

En outre, le dépositaire du secret reste tenu au secret même si les informations confiées ou recueillies acquièrent par la suite un caractère public (par exemple, une publication d'un article dans la presse)²⁶.

Par ailleurs, ne constitue pas le délit de violation du secret professionnel le fait pour une personne, tenue au secret en raison de sa profession, de porter à la connaissance de la justice, une infraction commise par une personne qui n'a pas été reçue par elle en qualité de consultant ou de patient²⁷.

c) — Pour les délits et les crimes énumérés à l'article 458bis du Code pénal

Dans l'article 458bis du Code pénal, la permission de révéler le secret porte exclusivement sur des infractions déterminées qui concernent l'intégrité physique ou psychique des mineurs. La disposition légale vise limitativement les crimes et délits suivants commis sur des mineurs : attentat à la pudeur, viol, homicide et lésions corporelles volontaires, provocation, mutilation des organes génitaux d'une personne de sexe féminin, délaissement ou abandon d'enfants, privations d'aliments ou de soins.

Par ailleurs, nous remarquons que les infractions de maltraitance susceptibles de tomber sous ces qualifications légales ne sont pas uniquement le fait des parents. Plusieurs cas de maltraitance d'enfants se rencontrent aussi

²⁴ N. HUSTIN-DENIES, « Le secret professionnel des médiateurs familiaux et des conseillers conjugaux », *J.T.*, 1998, p. 134.

²⁵ « Le caractère temporaire ou accidentel de leur mission ne dispense nullement ceux qui la remplissent de l'obligation de garder le secret » (R. SCREVENs et A. MEEUS (sous la direction de), *Les Nouvelles — Droit pénal*, t. IV, Bruxelles, Larcier, 1989, p. 262).

²⁶ Bruxelles, 8 mars 1972, *Pas.*, 1972, II, p. 105.

²⁷ Cass., 16 décembre 1992, *Rev. Dr. Santé*, 1996-97, p. 25, note D. FRERIKS ; *Pas.*, 1992, I, p. 1390 ; Liège, 25 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 666 : « *Le fait pour un praticien de l'art de guérir, en l'occurrence un psychologue faisant partie d'une équipe pluridisciplinaire spécialisée dans le dépistage et le traitement des enfants victimes de mauvais traitements, de porter à la connaissance de la justice une infraction commise par une personne qui n'a pas été reçue par lui en qualité de consultant ou de patient, ne constitue pas une violation du secret professionnel* ».

dans les écoles, les institutions hébergeant des jeunes,... La maltraitance peut également être le fait de mineurs entre eux.

C'est ici que la nouvelle disposition légale pose sans doute le plus de problèmes : pour les infractions limitativement énumérées à l'article 458*bis* du Code pénal, commises à l'égard de victimes mineures d'âge, la permission légale de déroger au secret professionnel est soumise à des conditions plus restrictives que celles de l'état de nécessité. Il est requis, outre l'existence d'un danger grave et imminent pour l'intégrité mentale ou physique du mineur, un examen préalable de la victime ou une réception directe des confidences de celle-ci ainsi que l'exigence d'un principe de subsidiarité.

Selon les travaux préparatoires, pour toutes les situations non visées à l'article 458*bis* du Code pénal (portant sur d'autres types d'infractions commises à l'égard de victimes mineures d'âge, ou concernant des majeurs), l'état de nécessité pourrait encore justifier une violation du secret professionnel. Par contre, les travaux préparatoires restent ambigus sur la question de savoir si l'état de nécessité peut encore être soulevé pour le cas où le médecin, confronté à l'une des situations prévues à l'article 458*bis* du Code pénal, procède à des révélations sans respecter les conditions de cette nouvelle disposition légale²⁸. En tout état de cause, il nous semble difficile

²⁸ « En dehors des dérogations prévues par le texte, une éventuelle dénonciation de faits constitutifs d'infractions pourra toujours être justifiée, le cas échéant, en appréciant l'état de nécessité dans lequel se trouvait le dépositaire du secret, en fonction des circonstances particulières du cas soumis au juge » (Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1998-1999, n° 1907/1, p. 38); « Le Sénat modifie le texte adopté par la Chambre en vue de limiter le champ d'application personnel de l'exception au principe du secret professionnel à la catégorie des mineurs » (Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mr. Jo VANDEURZEN, « Discussion », *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2000-2001, n° 50 0695/009, p. 8); « On a demandé si cela valait pour ce type d'infraction ou uniquement si les victimes étaient des mineurs. Il estime que si cela est instauré en tant que justification, en tant que dérogation à l'article 458, cela n'enlève rien au fait que la notion générale d'« état de nécessité » est maintenue, par exemple, à l'égard des adultes et dans le cas d'autres infractions » (Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mr. Jo VANDEURZEN, Audition de Mr. Hutsebaut, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2000-2001, n° 50 0695/009, p. 22); « Afin d'établir clairement que la doctrine et la jurisprudence qui s'appliquent actuellement au secret professionnel tel qu'il est défini à l'article 458 du Code pénal ne sont pas remises en question, du moins dans les cas visés dans l'article tel qu'il se présente actuellement (indépendamment de la nouvelle évolution sociale qui se dessine dans ce domaine) et compte tenu de la motivation spécifique qui a amené les auteurs du texte à proposer l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 458 du Code pénal, il nous paraît évident que l'exception prévue dans le texte du nouvel alinéa proposé devrait faire l'objet d'un article distinct dans le Code pénal. Cette solution permet de ne pas toucher au principe de base et de régler distinctement l'exception prévue pour les infractions spécifiques visées ainsi que la protection particulière des victimes mineures. La voie choisie permet par ailleurs d'éviter divers écueils, décrits par les experts entendus en commission », (Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mr. Jo VANDEURZEN, « Discussion des articles », *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2000-2001, n° 50 0695/009, pp. 51-52); « L'on ne touche pas à l'état de nécessité requis pour l'application de l'article 458 du Code pénal.

de faire fi de l'article 422*bis* du Code pénal, qui pourrait impliquer que, dans certains cas, une révélation se fasse même si toutes les conditions de l'article 458*bis* du Code pénal ne sont pas remplies, pour autant qu'il n'existe pas d'autre moyen pour aider la personne en danger...

d) — Moyennant un danger grave et imminent pour l'intégrité mentale ou physique du mineur

Parmi les conditions requises pour l'application de l'article 458*bis* du Code pénal, il faut un danger grave et imminent pour l'intégrité mentale ou physique du mineur.

Cette notion de danger grave et imminent rentre d'ailleurs dans la condition d'ouverture de l'état de nécessité ²⁹.

e) — Moyennant un examen préalable de la victime ou une réception directe des confidences de celle-ci

La permission de déroger à l'obligation au secret suppose un examen préalable de la victime ou une réception directe des confidences de celle-ci. Cette condition exclut les dénonciations sur base de simples rumeurs. Si les informations ont été apprises par le professionnel à l'aide d'autres moyens, elles ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 458*bis* du Code pénal.

Les informations (par exemple, des aveux de l'auteur) fournies confidentiellement par d'autres personnes que la victime mineure ne rentrent pas dans la nouvelle permission légale de révéler le secret, contenue à l'article 458*bis* du Code pénal. Elles restent dès lors couvertes par le secret professionnel, conformément à l'article 458 du Code pénal ³⁰.

Rappelons que, de manière générale, l'objet du secret professionnel recouvre à la fois les confidences recueillies par le dépositaire du secret et tout ce que ce dernier peut connaître ou découvrir à la suite d'examen ou d'investigations auxquels il procède ou fait procéder. Le secret s'étend aussi à ce que le professionnel a vu, connu, appris, découvert ou surpris dans

*Le texte ne change rien à la situation actuelle en matière de secret professionnel. Il vise uniquement à protéger l'enfant mineur en cas d'infractions spécifiques clairement définies et ce, dans des conditions très strictes, en introduisant un droit de parole faisant l'objet d'un article séparé. Du reste, le texte de l'article 458*bis* a été adopté à l'unanimité en séance plénière de la Chambre » (Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Nathalie DE T'SERCLAES, Discussion, *Doc. Parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-280/13, p. 3).*

²⁹ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, « Recherche policière et secret médical », *J.T.*, 1988, p. 165; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 178.

³⁰ Discussion des articles, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2000-2001, n° 0695/009, p. 52.

l'exercice de sa profession, de sa fonction ou de sa mission ou à l'occasion de l'exercice de celles-ci ³¹.

f) — Principe de subsidiarité

La nouvelle disposition fait application du principe de subsidiarité ³². Ainsi, le dépositaire du secret doit d'abord s'assurer qu'il n'est pas en mesure lui-même ou avec l'aide de tiers de protéger l'intégrité du mineur.

Le principe de subsidiarité signifie que le médecin ou le thérapeute doit, dans un premier temps, offrir son aide ou vérifier s'il peut offrir une aide maximale avec le concours de tiers ³³. L'information donnée au procureur du Roi est l'ultime remède, réservé aux seuls cas où d'autres solutions ne peuvent aboutir. En d'autres termes, le dépositaire du secret ne peut pas dénoncer les faits au procureur du Roi aussi longtemps qu'il estime pouvoir protéger l'intégrité de la victime de manière suffisante.

C'est dans une perspective de prévention que le législateur a retenu le principe de subsidiarité : « *On a inclus en l'occurrence un élément de prévention, à savoir le fait de laisser d'abord au secteur de l'aide sociale et à celui de l'assistance toute responsabilité d'engager avec une famille une thérapie systématique et de bénéficier de la collaboration des centres de confiance pour enfants maltraités. On ne fera appel au Parquet que très accessoirement* » ³⁴.

Afin de ne pas tomber sous le coup de l'article 422bis du Code pénal qui sanctionne l'abstention de porter secours à personne en danger ³⁵, le praticien qui constate des faits de maltraitance, doit, de toute façon, prendre les mesures qui s'imposent pour sauvegarder la santé physique et mentale du mineur. C'est afin de le rappeler que la nouvelle disposition de l'article 458bis utilise la formule « *sans préjudice des obligations que lui impose l'article 422bis* ».

Le juge apprécie *a posteriori* si le médecin a mis tous les moyens en œuvre pour protéger l'intégrité physique ou mentale du mineur. Il n'est toutefois pas aisé, pour le juge, de vérifier si le principe de subsidiarité est, dans cha-

³¹ Ch. HENNAU-HUBLET, « Le secret médical et ses limites. La dynamique du secret tend-elle vers son occultation ? », *op. cit.*, pp. 171-172.

³² Sur le principe de subsidiarité, voy. G. SCHAMPS, « La subsidiarité du droit pénal par rapport au droit de la responsabilité civile : la problématique de la responsabilité des prestataires de soins de santé », in *Le principe de subsidiarité*, F. DELPÉRÉE (sous la dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 161-172.

³³ Projet de loi relative à la protection pénale des mineurs, rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par M^{me} Nathalie DE T'SERCLAES du 24 mai 2000, *op. cit.*, p. 15 : « *S'il constate qu'il est impuissant, il peut avertir le procureur du Roi, mais il n'est toujours pas obligé de le faire à ce moment-là* ».

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Dont la peine est aggravée lorsque la victime est mineure.

que cas, bien respecté. Ce principe suppose-t-il que le praticien ait effectivement tenté quelque chose seul ou avec l'aide d'un tiers, ou vise-t-il aussi la situation où le praticien a seulement examiné la possibilité de faire quelque chose seul ou avec l'aide de tiers? Cette question ne reçoit pas, dans les travaux préparatoires de la loi du 28 novembre 2000, une réponse claire ³⁶.

Si le dépositaire du secret n'a pas effectivement sollicité l'aide d'une personne ou d'un service compétents (équipe SOS enfants, conseiller d'aide à la jeunesse,...), nous pouvons dès lors craindre que la dénonciation des faits au procureur du Roi ne soit pas couverte par la nouvelle permission légale de déroger au secret. Elle pourrait, le cas échéant, donner lieu à des poursuites du chef de violation du secret. Si le professionnel a pensé, à tort, que l'aide d'un tiers ne pouvait apporter aucun effet bénéfique, son erreur d'appréciation, même fautive, portant sur les conditions de l'article 458*bis* lui permettant de déroger au secret doit entraîner son acquittement. En effet, la violation du secret professionnel est un délit qui requiert, pour être punissable, un dol (une intention coupable). Or, l'erreur fautive de bonne foi exonère du dol ³⁷.

g) — L'information est donnée au procureur du Roi

Nous estimons que le dépositaire du secret aurait dû avoir le choix de l'autorité (judiciaire ou autre), auprès de laquelle il lui est légalement permis de révéler les faits de maltraitance. Ce libre choix de l'autorité compétente aurait fait intervenir plusieurs facteurs, tels la gravité des faits, l'état psychologique du mineur, le climat familial ou d'autres circonstances ³⁸. Dans le décret du 16 mars 1998 de la Communauté française relatif à l'aide aux enfants victimes de maltraitance ³⁹, l'autorité compétente pour recevoir les

³⁶ Projet de loi relative à la protection pénale des mineurs, rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par M^{me} Nathalie DE T'SERCLAES du 24 mai 2000, *op. cit.*, p. 111.

³⁷ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, « Recherche policière et secret médical », *op. cit.*, p. 167; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 310.

³⁸ Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs du 4 janvier 1999, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1998-1999, n° 1907/1, p. 38.

³⁹ *Mon. B.*, 23 avril 1998, Err. *Mon. B.*, 14 janvier 2000.

Article 2 : « § 1^{er}. La personne visée à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, ci-après désignée l'intervenant, est tenue d'apporter aide à l'enfant victime de maltraitances ou à celui chez qui sont suspectés de tels mauvais traitements. L'aide est due, quelle que soit la forme de la maltraitance, qu'elle soit psychique, physique ou sexuelle. Elle vise à prévenir ou à mettre fin à la maltraitance.

§ 2. Lorsqu'il est dans l'impossibilité d'agir personnellement afin de favoriser l'arrêt des maltraitances, l'intervenant, sans préjudice de l'application de l'article 458 du Code pénal, est tenu d'apporter son aide sous forme d'une information d'une instance compétente dont : le conseiller de l'aide à la jeunesse ou le directeur de l'aide à la jeunesse, ou l'équipe 'S.O.S.-Enfants' visée à l'article 14, ou l'équipe d'un centre psycho-médico-social ou d'un centre d'inspection médicale scolaire.

§ 3. En outre, l'intervenant, sans préjudice de l'application de l'article 458 du Code pénal, est tenu d'apporter son aide sous forme d'une information d'une instance compétente lorsque la mal-

dénonciations n'est d'ailleurs pas d'office l'autorité judiciaire. Il peut aussi s'agir du conseiller de l'aide à la jeunesse ou du directeur d'aide à la jeunesse, d'une équipe SOS-Enfants, ou de l'équipe d'un centre psycho-médico-social ou encore d'un centre d'inspection médicale scolaire.

Au lieu de laisser ce choix au professionnel, le législateur a décidé que le dépositaire du secret qui estime devoir révéler des faits de maltraitance (pour autant qu'il n'ait pas pu apporter une aide suffisante, par lui-même ou avec l'aide de tiers), ne peut le faire qu'auprès du procureur du Roi.

Michèle Hirsch critique vivement cette décision du législateur : « *Informé le procureur du Roi revient, en l'occurrence, à faire rentrer la justice dans l'intrafamilial. On sait que dans la plupart des cas, cette introduction risque de poser des problèmes plutôt que de les résoudre* »⁴⁰.

Il est vrai que l'article 458*bis* du Code pénal prévoit que c'est à titre subsidiaire que l'information peut être donnée au procureur du Roi. Il n'en demeure pas moins que le juge devra tout de même apprécier *a posteriori* si l'intervenant s'est adressé en temps utile au procureur du Roi (ni trop tôt, ni trop tard).

Il est en outre important de rappeler, comme l'a fait le gouvernement lors des travaux préparatoires de la loi du 28 novembre 2000, que le dépositaire du secret, s'il décide de révéler les faits couverts par le secret au procureur du Roi, s'en tiendra aux seules données qui sont nécessaires pour pouvoir prendre les mesures appropriées⁴¹.

2. — AUTRES DÉROGATIONS LÉGALES

À L'OBLIGATION AU SECRET PROFESSIONNEL

Pour rappel, l'article 458 du Code pénal, incriminant la violation du secret professionnel contenait déjà deux dérogations à la règle du secret⁴².

D'une part, la loi permet au dépositaire du secret de lever celui-ci lorsqu'il est appelé à témoigner en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire).

traiteance est commise par un tiers extérieur au milieu familial de la vie de l'enfant ».

⁴⁰ Audition de M^{me} Michèle HIRSCH, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, n° 2-280/5, p. 23.

⁴¹ Justification de l'amendement n° 3 du Gouvernement, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1999-2000, n° 2-280/2, p. 4.

⁴² L'article 458 du Code pénal dispose : « *Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cents francs* ».

D'autre part, il existe des cas où la loi elle-même oblige le professionnel à révéler le secret (déclarations de naissance, de morts suspectes, de certaines maladies contagieuses ou sexuellement transmissibles,...) ⁴³.

Il nous paraît que le témoignage en justice est une cause de justification expressément prévue à l'article 458 du Code pénal. La portée de l'exception tirée du témoignage en justice prête toutefois à discussion ⁴⁴...

L'exposé des motifs du Code pénal ⁴⁵ ne précise pas que cette exception serait une autorisation légale de parler. Il se borne à indiquer que la révélation du secret *cesse d'être punissable* (souligné par nous) dans le cas où le confident, appelé à témoigner en justice, a révélé des secrets. Il ajoute que le confident n'est, dans cette situation, *pas passible de peines* (souligné par nous). Plusieurs auteurs ⁴⁶, auxquels nous nous rallions, voient toutefois dans l'exception du témoignage en justice une autorisation légale de parler, dont le dépositaire ne pourrait cependant abuser. Dans le même sens, les Nouvelles énoncent que : « *pour être autorisé à révéler le secret, il suffit que le confident nécessaire soit interpellé comme témoin* » ⁴⁷.

La jurisprudence interprète d'ailleurs l'exception du témoignage en justice comme une cause de justification objective du délit de violation du secret professionnel, en décidant qu'il n'y a pas de violation du secret professionnel lorsqu'une personne visée à l'article 458 du Code pénal, invitée par le

⁴³ « Par application de l'article 30 du Code d'instruction criminelle et de l'article 20 de l'arrêté royal du 31 mai 1885, d'aucuns pouvaient conclure à l'obligation légale, dans le chef du professionnel de la santé, de dénoncer les crimes ou délits dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de sa profession. Une telle interprétation doit être réfutée. En effet, selon une jurisprudence constante, ces dispositions ne sont applicables que dans la mesure où elles respectent rigoureusement la règle et le fondement du secret professionnel, libellé à l'article 458 du code pénal » (Ch. HENNAU-HUBLET, « Le secret médical et ses limites. La dynamique du secret tend-elle vers son occultation? », *op. cit.*, p. 178).

⁴⁴ Voy. Ch. HENNAU-HUBLET, G. BOURDOUX, « L'intervention médicale urgente. Le secret médical et les nécessités de l'information et de l'instruction judiciaires pénales », in *Formation permanente CUP, Droit et médecine*, vol. XI, 11 novembre 1996, p. 117; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, « Recherche policière et secret médical », *op. cit.*, p. 165.

⁴⁵ NYPELS, *Lég. Crim.*, Bruxelles, Bruylant, 1867, t. III, p. 273, n° 182 : « La révélation du secret 'cesse d'être punissable' dans le cas où le médecin, l'avocat, le prêtre, cités comme témoins et interpellés de déclarer toute la vérité, ont révélé le secret à la justice. Ces personnes peuvent s'abstenir de déposer : elles peuvent invoquer, avant de prêter serment, 'l'obligation qui leur incombe' de garder le secret qui leur a été confié en raison de leur état ou de leur profession. Mais lorsque, répondant à l'interpellation qui leur a été adressée, elles ont révélé les faits dont elles avaient ainsi acquis la connaissance, elles ne sont pas 'passibles de peines' portées (par la loi) ».

⁴⁶ Y. HANNEQUART, note sous Cass., 13 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1169; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Story-Scientia, 1998, pp. 274-275; G. DEMANET, « Secret professionnel et collaboration entre juristes et thérapeutes dans les secteurs de la toxicomanie et des enfants victimes de mauvais traitements », *R.D.P.C.*, 1990, p. 331; L. DUPONT, R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Louvain, Acco, 1990, n° 352.

⁴⁷ R. SCREVEVS et A. MEEUS (sous la direction de), *Les Nouvelles — Droit pénal*, *op. cit.*, p. 258.

magistrat instructeur à lui faire une déclaration, verbale ou écrite, lui a remis des documents ⁴⁸.

La révélation spontanée et indiscrete à l'autorité judiciaire n'est toutefois pas couverte par l'exception du témoignage en justice ⁴⁹. En effet, pour être autorisé à lever le secret professionnel, le dépositaire du secret doit être appelé comme témoin devant une juridiction pénale ou civile. Dans un arrêt du 14 juin 1965 ⁵⁰, la Cour de cassation a rappelé que les révélations faites spontanément à l'autorité judiciaire ne tombaient pas dans l'exception du témoignage en justice. Par conséquent, « *c'est en méconnaissance du secret professionnel qui s'impose aux médecins que les faits ont été portés à la connaissance de la justice* ». En cette cause, les poursuites du chef d'avortement, fondées uniquement sur une révélation spontanée de faits et confidences couverts par le secret professionnel, ont dès lors été déclarées nulles, à l'égard non seulement de la femme qui s'était confiée au médecin mais aussi de la personne qui l'a fait avorter.

S'agissant des juridictions pénales, le confident peut être appelé à témoigner devant une juridiction de fond ou encore devant le juge d'instruction. La Cour de cassation a indiqué qu'est assimilée au témoignage en justice la déclaration écrite du dépositaire du secret adressée au juge d'instruction à l'invitation de celui-ci de même que la remise de documents dans les limites implicitement requises par celui-ci ⁵¹. Les révélations qui seraient faites auprès des autorités de police ou d'un magistrat du Parquet ne tombent pas dans cette exception à l'obligation du secret ⁵².

L'exception du témoignage en justice ne consiste qu'en une simple permission de parler, qui laisse au dépositaire du secret la liberté d'apprécier, en son âme et conscience s'il garde le silence dans l'intérêt de son patient, ou s'il procède à des révélations dans les limites de ce qui est utile, nécessaire et proportionné à l'objectif de la recherche de vérité poursuivie par le juge ⁵³. Il n'y a donc aucune obligation de révéler les faits couverts par le secret,

⁴⁸ Cass., 15 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1147.

⁴⁹ NYPELS, *Le Code pénal belge interprété principalement au point de vue de la pratique*, Bruxelles, Bruylant, 1898 t. III, p. 542, n° 11; R. SCREVEVS et A. MEEUS (sous la direction de), *Les Nouvelles — Droit pénal*, op. cit., p. 259.

⁵⁰ Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, I, 1965, p. 1102.

⁵¹ Cass., 15 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1147.

⁵² Ch. HENNAU-HUBLET, J. VERHAEGEN, « Recherche policière et secret médical », op. cit., pp. 164-167.

⁵³ Voy. M.-N. VERHAEGEN, J. HERVEG, « Quand la communication du secret médical à des tiers est mise en cause », op. cit., p. 232.

même si le professionnel est délié du secret par celui qui s'est confié à lui ⁵⁴. Nous constatons ici une similitude entre l'exception du témoignage en justice et le nouvel article 458*bis* du Code pénal.

3. — OBLIGATION LÉGALE DE PORTER SECOURS À UNE PERSONNE EN DANGER

Le dépositaire du secret, soumis à l'obligation au secret professionnel, n'a aucune obligation de révéler les faits de maltraitance dont son patient a été victime, même si celui-ci donne expressément son consentement. S'il décide de garder le silence, il veillera cependant à prendre toutes les mesures utiles afin de se conformer à l'obligation, sanctionnée à l'article 422*bis* du Code pénal ⁵⁵, de porter secours à une personne en danger et dont la peine est aggravée lorsque la victime est mineure d'âge.

Il existe plusieurs manières d'apporter une aide. Comme l'écrivent Michèle Hirsch et Nathalie Kumps, « *la seule absence de dénonciation des faits aux autorités judiciaires ne constitue donc pas une infraction à l'obligation de porter secours pour autant que d'autres mesures soient prises par le débiteur de l'assistance. Le confident a le choix d'aider la personne exposée à un péril par de multiples autres manières* » ⁵⁶.

Dans les cas de maltraitance, l'état de nécessité ⁵⁷ susceptible de justifier, le cas échéant, une violation du secret, est caractérisé par un conflit entre deux valeurs consacrées par des dispositions légales. Il y a d'une part, l'obligation au secret professionnel visée à l'article 458 du Code pénal et d'autre part, l'obligation de porter assistance à personne en danger, dont le non respect est sanctionné à l'article 422*bis* du Code pénal. Dans certaines situa-

⁵⁴ Voy. Th. MOREAU, « Balises pour des contours juridiques incertains », *J.D.J.*, 1999, p. 10; Th. MARCHANDISE, « Regards sur la complexité autour du secret », *J.D.J.*, 1999, p. 15; Ch. HENNAU-HUBLET, « Le secret médical et ses limites. La dynamique du secret tend-elle vers son occultation? », *op. cit.*, p. 176.

⁵⁵ L'article 422*bis* du Code pénal dispose : « *Sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs ou d'une de ces peines seulement, celui qui s'abstient de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave, soit qu'il ait constaté par lui-même la situation de cette personne, soit que cette situation lui soit décrite par ceux qui sollicitent son intervention.* »

Le délit requiert que l'absténant pouvait intervenir sans danger sérieux pour lui-même ou pour autrui. Lorsqu'il n'a pas constaté personnellement le péril auquel se trouvait exposée la personne à assister, l'absténant ne pourra être puni lorsque les circonstances dans lesquelles il a été invité à intervenir pouvaient lui faire croire au manque de sérieux de l'appel ou à l'existence de risques.

La peine prévue à l'alinéa 1^{er} est portée à deux ans lorsque la personne exposée à un péril grave est mineure d'âge.

⁵⁶ M. HIRSCH, N. KUMPS, « Secret professionnel et violence à l'égard des mineurs », *op. cit.*, p. 245.

⁵⁷ Voy. *infra*.

tions exceptionnelles, pour préserver une valeur telle que la protection d'une personne actuellement menacée, l'obligation de porter secours à une personne en danger peut primer sur l'obligation au secret ⁵⁸. Ceci requiert que le confident puisse, par la déclaration de faits infractionnels, protéger la vie ou l'intégrité d'une personne.

Le délit d'abstention de porter secours, pour être punissable, suppose la réunion des conditions suivantes :

- Une personne exposée à un péril grave (impliquant un danger sérieux pour la vie, l'intégrité physique ou psychique,...) justifiant une intervention immédiate afin de le conjurer ⁵⁹.
- Une abstention intentionnelle de porter secours : l'absténant doit avoir accepté de laisser une victime exposée à un péril dont il avait conscience ⁶⁰. La personne qui s'abstient de venir en aide doit avoir eu connaissance du péril grave, soit qu'elle l'ait constaté elle-même, soit qu'il lui ait été décrit par ceux qui sollicitent son intervention.
- Celui qui s'est abstenu de venir en aide pouvait l'apporter sans danger sérieux pour lui-même ou pour autrui.

Les liens existant entre l'obligation au secret professionnel et l'obligation de porter secours à personne en danger sont perçus, de manière parfois très divergente, par les auteurs ⁶¹.

4. — EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE JUSQU'À LA LOI DU 28 NOVEMBRE 2000

Dans les paragraphes qui suivent, nous expliquons l'évolution de la jurisprudence relative au secret professionnel jusqu'à la loi du 28 novembre 2000, en distinguant selon que le patient est l'auteur d'une infraction ou la victime de celle-ci.

⁵⁸ « Il serait exagéré d'affirmer sans plus que le devoir de porter secours supplante, par sa seule existence, le secret professionnel » (H. NYS, *La médecine et le droit*, Diegem, Kluwer, 1995, p. 367, n° 953).

⁵⁹ Voy. Th. MARCHANDISE, « Regard sur la complexité autour du secret », *op. cit.*, p. 17.

⁶⁰ Son erreur fautive dans l'appréciation du péril ne saurait mettre en cause, le cas échéant, que sa responsabilité civile, pour autant qu'il en soit résulté un dommage pour la victime, voire sa responsabilité pénale pour blessures ou homicide par imprudence.

⁶¹ Voy. not. M. HIRSCH, N. KUMPS, « Secret professionnel et violence à l'égard des mineurs », *op. cit.*, p. 244; H. NYS, *La médecine et le droit*, *op. cit.*, p. 367.

a) — Première hypothèse : le patient est l'auteur d'une infraction

L'obligation au secret professionnel qui pèse sur le médecin lui interdit de divulguer l'infraction qu'a commise son patient.

Dans un arrêt du 20 mars 1955, la Cour d'appel de Bruxelles a précisé que « le législateur a soigneusement veillé à ce que personne ne se trouve placé devant l'alternative inhumaine ou bien de se faire soigner avec comme conséquence de voir son propre médecin le dénoncer ou tout au moins témoigner contre lui, ou bien, afin d'éviter cette fatale conséquence, de n'oser se faire soigner et de devoir faire face seul à un danger même mortel »⁶².

L'état de nécessité peut être soulevé dans l'hypothèse où le patient est l'auteur d'une infraction, aux fins de justifier une violation du secret professionnel pour protéger l'intégrité physique d'un tiers. Il convient toutefois de se montrer particulièrement prudent et de ne pas conclure hâtivement à l'existence d'un état de nécessité. Il importe avant tout de sauvegarder le fondement de l'obligation au secret, afin d'éviter que les personnes n'osent plus se rendre chez le médecin ou se confier à ceux qui sont susceptibles de leur apporter une aide, de peur d'être dénoncées.

Bien que le législateur n'ait pas expressément introduit la notion d'état de nécessité dans le Code pénal, J.J. Haus, dans ses Principes généraux, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent unanimement cette cause de justification objective⁶³.

Dans son arrêt du 3 mai 2000⁶⁴, la Cour d'arbitrage a eu à connaître d'un recours en annulation de l'article 1675/8 du Code judiciaire qui prévoit une levée du secret professionnel de l'avocat dans le cadre de la procédure de règlement collectif de dettes. Nous mentionnons cet arrêt car à cette occasion, la Cour d'arbitrage a rappelé que la règle du secret professionnel doit céder lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle⁶⁵.

⁶² Bruxelles, 20 mars 1955, *R.D.P.C.*, 1954-1955, p. 735.

⁶³ Ch. HENNAU-HUBLET, J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 178, n° 202; Y.-H. LELEU, G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck, 2001, p. 153; Th. VANSWEEVELT, *Le sida et le droit. Une étude de droit de la responsabilité et de droit des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 53; H. NYS, *La médecine et le droit*, op. cit., p. 370.

⁶⁴ C.A., 3 mai 2000, arrêt n° 46/2000, n° du rôle 1599 et 1604.

⁶⁵ En l'espèce, la cour a annulé la disposition au motif qu'une renonciation implicite à laquelle procéderait le débiteur en introduisant sa demande de règlement collectif de dettes ne saurait justifier, au même titre que la théorie de l'état de nécessité ou du conflit de valeurs, une atteinte de cette ampleur à la garantie que représente pour le débiteur et pour son avocat, le secret professionnel.

Le concept juridique d'état de nécessité vise ainsi les circonstances exceptionnelles où, en présence d'un mal grave et imminent, le respect intégral de la loi (en l'espèce, l'obligation au secret professionnel) entraînerait un dommage objectivement et manifestement inacceptable (des atteintes à la vie ou à l'intégrité d'autrui)⁶⁶. L'état de nécessité, caractérisé par une exacte mise en balance des valeurs en conflit, permet d'enfreindre la loi pénale, à condition que l'acte reste utile, strictement nécessaire et proportionné. L'état de nécessité se range parmi les causes de justification objective qui rendent le fait licite. Ce moyen de défense peut s'appliquer à toutes les infractions.

Le dépositaire du secret apprécie, au cas par cas, s'il se trouve dans un état de nécessité lui permettant de dévoiler le secret. Le juge exerce un contrôle *a posteriori*, et vérifie si les conditions d'ouverture et d'exercice de l'état de nécessité étaient bien réunies.

Il ressort d'un examen de la jurisprudence belge que celle-ci a retenu l'état de nécessité dans quelques situations où le patient est l'auteur de l'infraction.

L'un des plus célèbres arrêts (dit arrêt « Verlaine »), prononcé par la Cour de cassation le 13 mai 1987⁶⁷, a reconnu l'effet justificatif de l'état de nécessité sur la violation du secret professionnel : « *L'état de nécessité allégué par une personne poursuivie pour violation du secret professionnel ne peut être écarté, dès lors que, eu égard à la valeur respective des devoirs en conflit et en présence d'un mal grave et imminent pour autrui, cette personne a pu estimer qu'il ne lui était pas possible de sauvegarder autrement qu'en violant ce secret, un intérêt plus impérieux qu'elle avait le devoir ou qu'elle était en droit de sauvegarder avant tous les autres* ».

Cet arrêt se rapporte à un hold-up commis à Grivegnée dans un bureau de poste. Au cours d'une fusillade avec la police, l'un des truands est blessé. Les malfrats prennent la fuite et se réfugient dans une cachette. L'un deux appelle son avocat en lui demandant d'envoyer un médecin. C'est ainsi que le Docteur Verlaine est contacté par l'avocat des malfaiteurs. Le médecin accepte de se rendre à l'endroit indiqué pour soigner le blessé. L'épouse du médecin, voyant à la télévision un appel à la population concernant le hold-up, effectue le rapprochement et téléphone aussitôt à la police. Le médecin,

⁶⁶ « La publication relativement récente d'une décision de la Cour suprême du Canada apporte quelques repères dans le cadre de l'appréciation des situations d'état de nécessité : une personne ou un groupe de personnes 'identifiable' doit être exposé à un danger ; le danger doit être tel qu'il expose cette personne ou ce groupe de personnes à des blessures graves ou la mort ; ce danger doit être imminent » (M.-N. VERHAEGEN, J. HERVEG, « Quand la communication du secret médical à des tiers est mise en cause », *op. cit.*, p. 135, citant S. ROUSSEL, P. LANDRY, « La divulgation du secret professionnel », *J.T.*, 1999, pp. 696-697).

⁶⁷ Cass., 13 mai 1987, *J.T.*, 1988, p. 170, *Pas.*, 1988, I, p. 1061, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1165, note Y. HANNEQUART, *R.D.P.C.*, 1987, p. 856, obs.; Cass., 8 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1102.

interpellé par la police, finit par dévoiler l'endroit de retraite des malfaiteurs.

En cette cause, il a été décidé que le Docteur Verlaine, poursuivi du chef de violation du secret professionnel, était justifié à agir comme il l'a fait. L'état de nécessité a ainsi été admis pour justifier les révélations faites par le Docteur Verlaine.

Dans l'affaire Verlaine, la Cour de cassation a également souligné l'absence d'incidence de la faute antérieure de l'agent sur l'état de nécessité : « *lorsque les conditions de l'état de nécessité sont réunies, l'existence, dans le chef de l'agent, d'une faute par laquelle il aurait lui-même créé la situation dont il déduit la nécessité, n'exclut pas, en principe, qu'il puisse cependant se prévaloir de cette cause de justification* »⁶⁸.

Plus récemment, en matière d'abus sexuels sur des mineurs, la Cour d'appel de Mons a également retenu l'état de nécessité comme cause de justification de la violation du secret professionnel : « *Le médecin traitant qui informe le Procureur du Roi de ce que son patient a commis des attentats à la pudeur sur un enfant et qui craint que ce dernier ne commette de nouvelles infractions, viole le secret professionnel. Toutefois, il est justifié par l'état de nécessité dans lequel il s'est trouvé en vue d'empêcher que l'inculpé ne réitère les infractions dont il est en aveux, sur des enfants, ce qui représente un intérêt supérieur à tout autre dans le cas d'espèce* »⁶⁹.

Il s'agit d'un médecin traitant qui a révélé au Parquet que son patient se livrait à des attouchements sur sa belle-sœur, mineure d'âge. Le médecin a indiqué qu'il craignait de nouveaux passages à l'acte. Le prévenu a fait valoir la nullité des poursuites, plaçant que celles-ci se fondaient sur des éléments recueillis à la suite d'une violation du secret professionnel. La Cour, se ralliant à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, a admis l'état de nécessité pour justifier la violation du secret professionnel.

Une autre décision a aussi fait application de l'état de nécessité. Dans son jugement du 25 mars 1997⁷⁰, le tribunal correctionnel de Charleroi a écarté l'argument de l'irrecevabilité des poursuites soulevé par le prévenu. Ce dernier prétendait que les faits mis à sa charge avaient été portés à la connaissance de la justice en violation du secret professionnel par son médecin traitant. La révélation effectuée par le médecin traitant du patient portait sur la « *totale impossibilité du patient de contrôler ses pulsions à l'égard d'une vic-*

⁶⁸ Cass., 13 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1168. Notons toutefois que dans un arrêt ultérieur du 24 mars 1999, la Cour de cassation a indiqué que l'état de nécessité ne peut être admis comme cause de justification qu'à la condition, notamment, que l'agent n'ait pas volontairement créé par son fait la situation qui le met dans cet état (Cass., 24 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 177).

⁶⁹ Mons, 22 novembre 1996, *Pas.*, 1996, p. 575.

⁷⁰ Corr. Charleroi, 25 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1167.

time mineure d'âge ». Après concertation avec son équipe thérapeutique, le médecin traitant avait pris la précaution d'adresser à son patient une lettre recommandée lui enjoignant une reprise de contact avant de procéder à cette révélation. N'ayant reçu aucune nouvelle de son patient, le médecin traitant s'est décidé, après l'écoulement d'un délai d'attente, à avertir les autorités judiciaires.

Le tribunal a estimé que la violation du secret professionnel était justifiée par un état de nécessité, considérant que « *la dangerosité potentielle du prévenu et les conditions pour le moins suspectes dans lesquelles il a quitté l'hôpital étaient de nature à faire naître dans l'esprit du médecin la crainte sérieuse de voir le prévenu réitérer les actes qu'il avait déjà commis par le passé sur la personne d'un enfant de onze ans dont l'entourage ne pouvait manifestement pas garantir une quelconque protection* ». En outre, le tribunal correctionnel a ajouté que la révélation s'était limitée au strict nécessaire pour éviter un mal objectivement inacceptable.

Nous ne sommes pas suffisamment éclairés sur les circonstances de ces causes pour estimer si les médecins qui ont effectué les révélations étaient bien en présence d'un péril grave et imminent menaçant l'intégrité de mineurs d'âge.

Il serait hâtif et particulièrement dangereux de déduire de cette jurisprudence que le secret professionnel plierait devant l'intérêt de la répression des infractions en général ⁷¹. L'état de nécessité doit être réservé aux seules situations exceptionnelles, où le maintien du secret entraînerait un préjudice disproportionné.

Rappelons aussi que le délit de violation du secret professionnel suppose que la partie poursuivante rapporte la preuve de ce que le secret a été révélé en connaissance de cause, intentionnellement. Il en résulte l'acquittement du dépositaire du secret si celui-ci a cru, à tort, que la révélation du secret était justifiée par un état de nécessité. Dans ce cas, son erreur, qu'elle soit invincible ou même fautive, l'exonère de sa responsabilité pénale ⁷².

b) — Deuxième hypothèse : le patient est la victime d'une infraction

A l'occasion de soins prodigués à son patient, le médecin se rend compte que celui-ci est victime de mauvais traitements (abus sexuels, violences, pri-

⁷¹ F. TULKENS, Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse — Aide — Assistance — Protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 950.

⁷² Ch. HENNAU-HUBLET, « Le secret médical et ses limites. La dynamique du secret tend-elle vers son occultation? », *op. cit.*, p. 186.

vations d'aliments,...). Il se peut aussi que le malade confie de lui-même au thérapeute les faits dont il est victime.

Si le médecin soigne exclusivement la victime d'une infraction et qu'avec l'accord de celle-ci, il dénonce des faits infractionnels aux autorités, la confiance du patient envers son thérapeute n'est pas altérée puisqu'il s'agit d'assurer sa protection. En réalité, il y va de l'intérêt de la personne du patient. Comme l'a écrit le Professeur Hennau-Hublet : « *Bien plus, le fondement de la règle du secret n'est nullement incompatible avec la décision que prendrait le dépositaire de secret de dénoncer des faits infractionnels graves, quand son patient, au lieu d'en être l'auteur, en est au contraire la victime : femme battue, enfant violenté, vieillard séquestré, malade mental exposé à des privations de soins...* »⁷³.

Si le patient n'ose pas déposer plainte lui-même et demande à son confident de dénoncer les faits à sa place, il n'y a pas de mise à mal, dans ce cas, du fondement du secret professionnel lorsque le thérapeute dénonce les faits. Il n'est en effet pas porté atteinte à la *ratio legis* de l'article 458 du Code pénal.

C'est la solution que la Cour de cassation a rappelé dans son arrêt « Brantegem » du 9 février 1988⁷⁴ : « *le secret professionnel auquel l'article 458 du Code pénal oblige notamment les médecins, les chirurgiens et le personnel soignant vise la protection du patient : l'interdiction qu'il contient de révéler, sauf cause de justification, des faits pouvant donner lieu à des poursuites pénales à charge du patient, ne peut être étendue aux faits dont serait victime le patient* ».

En l'espèce, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la juridiction d'appel déclarant l'action publique irrecevable en raison d'une violation du secret professionnel.

Le médecin n'a aucune obligation de révéler les faits dont son patient a été victime, même si ce dernier insiste pour qu'il procède à pareille révélation. S'il choisit de garder le silence, il veillera cependant à prendre toutes les mesures utiles afin de se conformer à l'obligation, sanctionnée à l'article 422bis du Code pénal, de porter secours à une personne en danger, si pareil danger menace son patient.

Que penser cependant de la situation où le patient demande expressément de ne pas dévoiler les sévices dont il est victime? Dans la mise en balance des intérêts en présence, le confident doit impérativement prendre en compte les conséquences préjudiciables que la révélation pourrait avoir sur son

⁷³ Ch. HENNAU-HUBLET, « Le secret médical et ses limites. La dynamique du secret tend-elle vers son occultation? », *op. cit.*, p. 178.

⁷⁴ Cass., 9 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 662, *R.G.A.R.*, 1989, n° 11574.

patient victime (qui risque peut-être d'être davantage maltraité ou de mal supporter la séparation familiale due à une décision de placement,...) ⁷⁵. Lorsque c'est un enfant qui est victime de maltraitance, si la balance penche en faveur de la révélation, le confident peut s'estimer délié du secret et cela, dans l'intérêt de l'enfant. L'état de nécessité pourrait être soulevé, pour autant que les conditions de cette cause de justification soient rigoureusement réunies.

Une autre situation, particulièrement délicate mais non moins fréquente, est celle où le médecin soigne à la fois la victime et l'auteur de l'infraction. C'est notamment le cas du médecin de famille qui, confronté à des faits de maltraitance intra-familiale, se trouve tiraillé entre son obligation d'assistance à personne en péril et son obligation au secret vis-à-vis des parents dont il est aussi le médecin. Dans cette hypothèse, bien que le médecin reste soumis à l'obligation au secret professionnel, l'état de nécessité peut être invoqué pour autant que, face au péril grave et imminent résultant de la maltraitance, il n'existe pas d'autre alternative moins préjudiciable (par exemple, adresser le mineur à un pédopsychiatre). Les autres conditions requises pour admettre l'état de nécessité devront également être réunies.

5. — QUELQUES QUESTIONS SUSCITÉES PAR L'ARTICLE 458BIS DU CODE PÉNAL

a) — Mise en cause du fondement du secret

Le fondement du secret est double. Il réside dans le respect de la vie privée de l'individu mais aussi dans le souci de permettre à quiconque de pouvoir, sous le secret de la confiance la plus absolue, recourir en toute confiance aux services de certaines personnes dont l'intervention présente un caractère d'intérêt général ⁷⁶.

Si, par l'effet de l'article 458bis du Code pénal, le dépositaire du secret est à l'abri d'éventuelles poursuites pénales car autorisé à faire certaines révélations au procureur du Roi, en revanche, la personne qui s'est confiée ne peut plus se voir assurer la garantie du secret. La nouvelle disposition risque de porter atteinte au fondement même du secret. Nous craignons en effet l'effet pervers suivant : la réticence du patient, victime de maltraitance, à aller consulter le médecin, de peur qu'à la suite de l'examen médical, le

⁷⁵ F. TULKENS, Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse — Aide — Assistance — Protection*, op. cit., p. 954.

⁷⁶ Voy. P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Némésis, 1985, p. 25 et s.

médecin ne révèle le secret, et que cette révélation mène à l'arrestation du proche, auteur des faits de maltraitance.

Par ailleurs, les personnes ne se confieront-elles pas plus difficilement encore, sachant que le dépositaire du secret, s'il estime utile de solliciter une aide externe, révélera les faits couverts par le secret à un tiers (association privée ayant pour objet la lutte contre la maltraitance ou d'autres formes d'abus, service de police, membre de la famille,...)?

Le législateur n'a pas précisé, dans la nouvelle disposition de l'article 458*bis* du Code pénal, si les tiers qui peuvent apporter une aide sont aussi tenus au secret professionnel, auquel cas il pourrait, le cas échéant, y avoir un secret partagé ⁷⁷. Si le médecin sollicite l'aide d'une tierce personne qu'il estime apte à apporter une aide utile mais qui n'est pas soumise à l'obligation au secret (par exemple un directeur d'école ou un professeur, un responsable d'un mouvement de jeunesse, un proche), il y aurait une violation du secret professionnel, le cas échéant susceptible d'être justifiée par un état de nécessité, pour autant que les conditions de cette cause de justification soient réunies.

b) — Confusion dans l'esprit des confidents

L'article 458*bis* du Code pénal peut être source de confusion dans l'esprit des confidents, et cela à deux niveaux.

— Quant aux cas de révélation

Nous avons rappelé que les infractions pour lesquelles une permission légale de déroger au secret est accordée sont l'attentat à la pudeur, le viol, l'homicide et les lésions corporelles volontaires, la provocation, la mutilation des organes génitaux, l'abandon d'enfants, la privations d'aliments ou de soins infligées à des mineurs. Trois conditions cumulatives sont en outre exigées par la loi pour que cette divulgation soit licite :

⁷⁷ Le dépositaire du secret peut, moyennant certaines conditions, révéler certaines informations à d'autres personnes (par exemple, les membres de son équipe). Aucun texte de loi ne traite du secret partagé. Ce partage de l'information n'est cependant légitime que dans le cadre de certaines limites :

- La personne qui s'est confiée doit être préalablement informée de ce qui va faire l'objet du partage du secret et des personnes envers lesquelles le partage va avoir lieu;
- La personne qui s'est confiée doit donner son accord sur ce partage;
- Le partage ne peut avoir lieu qu'avec des personnes tenues elles aussi au secret professionnel;
- Les personnes qui partagent le secret doivent collaborer à une mission ou à une intervention commune à l'égard du maître du secret;
- Le partage du secret doit être utile, strictement nécessaire à la réalisation de la mission commune et proportionné aux valeurs en jeu.

- La personne a examiné la victime ou recueilli ses confidences ;
- Il existe un danger grave et imminent pour l'intégrité mentale ou physique du mineur,
- La personne n'est pas en mesure, elle-même ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité.

Dans la pratique, les dépositaires du secret risquent de ne plus s'y retrouver et de penser *a contrario* que pour toutes les autres situations de révélation que celles prévues au nouvel article 458*bis* du Code pénal (mineurs victimes d'autres types d'infractions ou majeurs), les révélations ne seraient plus justifiées par l'état de nécessité, alors qu'elles pourraient l'être, le cas échéant ⁷⁸.

— Quant à la disposition applicable

Nous craignons que les dépositaires du secret se perdent dans la confusion des dispositions légales applicables. L'article 458*bis* du Code pénal risque d'être interprété de manière divergente. La référence à l'article 422*bis* du Code pénal est également susceptible de diverses interprétations. Les praticiens pourraient penser qu'en dehors des situations prévues à l'article 458*bis* du Code pénal, la valeur protégée par l'article 422*bis* du Code pénal et l'état de nécessité ne pourraient plus justifier la violation du secret professionnel.

Par ailleurs, bien que l'obligation au secret professionnel prime sur l'obligation de dénonciation ⁷⁹ prévue à l'article 2 du décret du 16 mars 1998 de la Communauté française relatif à l'aide aux enfants victimes de maltraitements ⁸⁰, le risque de confusion existe pour les praticiens exerçant en Communauté française, entre d'une part l'obligation (article 2 du décret) ⁸¹ ou la

⁷⁸ Voy. *supra*.

⁷⁹ Comme l'a déclaré le Conseil d'Etat, la Communauté française n'a pas de compétence pour déroger aux règles relatives au secret professionnel, lesquelles entrent dans la compétence résiduelle de l'autorité fédérale (Projet de décret relatif à l'aide aux enfants victimes de maltraitements, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Parlement de la Communauté française, sess. 1996-1997, p. 21). L'ajout, à l'article 2 du décret du 16 mars 1998, de la formule « *sans préjudice de l'application de l'article 458 du Code pénal* » vise à rappeler que, pour les personnes soumises au secret professionnel, l'article 458 du Code pénal prime sur l'article 2 du décret. Voy. aussi F. TULKENS, Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse — Aide — Assistance — Protection*, *op. cit.*, p. 951 ; A. JACOBS, « Le décret du 16 mars 1998 relatif à l'aide aux enfants victimes de maltraitements », in *Le Point sur le droit pénal*, CUP, 2000, p. 404.

⁸⁰ *Mon. B.*, 23 avril 1998.

⁸¹ Alors que l'article 458*bis* du Code pénal a introduit une nouvelle permission légale de déroger au secret professionnel, le décret du 16 mars 1998 a prévu quant à lui deux obligations légales de parler, pénalement sanctionnées :

- lorsque la maltraitance est intra-familiale : à titre subsidiaire, pour le cas où l'intervenant se trouve dans l'impossibilité d'agir personnellement afin de favoriser l'arrêt des maltraitements ;
- lorsque la maltraitance est commise par un tiers extérieur au milieu familial.

simple possibilité de dévoiler les faits de maltraitance (article 458*bis* du Code pénal).

Les médecins devront aussi tenir compte, au niveau déontologique, de l'article 61 du Code de déontologie médicale qui a été modifié le 16 novembre 2002 ⁸².

De même, l'article 11, alinéa 2 du Code de déontologie de l'aide à la jeunesse de la Communauté française prévoit que *« confronté à une situation susceptible de compromettre gravement la santé, la sécurité ou les conditions d'éducation d'un jeune et qu'il estime ne pouvoir assumer valablement, l'intervenant a le devoir d'en référer à d'autres intervenants dont l'action serait plus appropriée ou s'il échet aux autorités compétentes »*. L'article 12, alinéa 6 dudit Code ajoute quant à lui : *« dans l'impossibilité d'agir personnellement pour défendre les intérêts ou la sécurité du bénéficiaire de l'aide, de sa famille ou de tiers gravement menacés, l'intervenant peut invoquer l'état de nécessité pour transmettre aux autorités compétentes les informations nécessaires »*.

Ces dispositions des codes de déontologie ne constituent pas des exceptions légales à l'obligation au secret. En effet, les règles pénales continuent à s'imposer aux intervenants. L'effet de ces dispositions déontologiques consiste en l'absence de sanctions disciplinaires lorsque l'intervenant s'est conformé au prescrit des normes déontologiques.

⁸² Article 61 du Code de déontologie médicale : *« § 1. Si un médecin soupçonne qu'un enfant est maltraité, est abusé sexuellement ou subit des effets graves d'une négligence, il doit opter pour une approche pluridisciplinaire de la situation, par exemple en faisant appel à une structure conçue spécifiquement pour gérer cette problématique.*

Lorsqu'un médecin constate qu'un enfant est en danger grave, il doit sans délai prendre les mesures nécessaires pour le protéger.

Si ce danger est imminent et s'il n'y a pas d'autre moyen pour protéger l'enfant, le médecin peut communiquer ses constatations au procureur du Roi.

Les parents ou le tuteur de l'enfant seront informés des constatations du médecin et des initiatives que celui-ci compte prendre sauf si cette information peut nuire à l'intérêt de l'enfant.

Avant de prendre toute initiative, le médecin doit en parler au préalable avec l'enfant dans la mesure où les capacités de discernement de celui-ci le permettent.

§ 2. Lorsqu'un médecin soupçonne qu'un patient incapable de se défendre en raison d'une maladie, d'un handicap, ou de son âge, est maltraité, exploité ou subit des effets graves d'une négligence, il parlera de ses constatations avec le patient si les capacités de discernement de celui-ci le permettent. Le médecin incitera le patient à prendre lui-même les initiatives nécessaires, notamment à informer ses proches parents.

Si cette discussion avec le patient s'avère impossible, le médecin traitant peut se concerter avec un confrère compétent en la matière à propos du diagnostic et de la suite à apporter à la situation.

Si le patient est en danger grave et s'il n'y a pas d'autre moyen pour le protéger, le médecin peut avertir le procureur du Roi de ses constatations.

Le médecin informera les proches du patient de ses constatations et des initiatives qu'il compte prendre pour le protéger, si cela ne nuit pas aux intérêts du patient ».

c) — Une meilleure protection des mineurs?

Nous ne pensons pas que l'objectif recherché par le législateur, à savoir assurer au mineur une meilleure protection, soit réellement atteint grâce à l'article 458*bis* du Code pénal. En effet, par rapport au moyen de défense de l'état de nécessité, la nouvelle disposition ajoute en réalité deux conditions supplémentaires et cumulatives à ce qui était jusque-là unanimement admis par les cours et tribunaux.

La nouvelle disposition légale de l'article 458*bis* du Code ne devrait pas impliquer que les cours et tribunaux fassent définitivement fi de l'article 422*bis* du Code pénal et de l'état de nécessité pour le cas où le médecin ne respecterait pas toutes les conditions de l'article 458*bis* dans le cadre de ses révélations.

d) — Protection des autres personnes vulnérables

La lecture des travaux préparatoires de la loi du 28 novembre 2000⁸³ fait apparaître qu'il a été envisagé d'étendre le champ d'application de la nouvelle exception légale au secret professionnel, aux personnes particulièrement vulnérables en raison d'une déficience ou infirmité physique ou mentale. Finalement, le législateur n'a toutefois pas étendu aux crimes et délits commis sur des personnes vulnérables autres que les mineurs d'âge la nouvelle permission légale de déroger au secret. Pour ces personnes vulnérables en raison d'une déficience ou infirmité physique ou mentale, la situation demeure dès lors inchangée. L'état de nécessité, si les conditions requises sont réunies, justifie une dénonciation portant sur des faits graves dont ces personnes majeures seraient victimes.

*

* *

En conclusion, nous doutons que l'article 458*bis* du Code pénal rencontre réellement le souci de sécurité juridique, dont il était question dans les travaux préparatoires⁸⁴.

⁸³ Voy. not. Projet de loi relative à la protection pénale des mineurs, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par M^{me} Nathalie de T'Serclaes du 24 mai 2000, *op. cit.*, p. 23; Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Jo VANDEUZEN, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 2000-2001, 0695/009, pp. 18 et 25.

⁸⁴ Projet de loi relatif à la protection pénale des mineurs, Amendement n° 3 du Gouvernement, Amendement n° 9 de M^{me} NYSSENS, *Doc. Parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, n° 2-280/2, pp. 3 et 7. « Certes, les médecins ont désormais l'assurance de pouvoir invoquer l'article 458*bis* pour éviter d'être poursuivis du chef de violation du secret professionnel (encore qu'à notre connaissance il n'y a pratiquement pas de poursuite). Ils n'ont pour autant pas la certitude que le juge constatera

Nous pensons que la disposition de l'article 458*bis* pourrait avoir l'effet pervers d'encourager les délations, ce qui n'a certainement pas été recherché ni même accepté par le législateur.

Comment imaginer qu'une mère qui a battu son enfant ose encore se présenter chez le médecin ou au service d'urgences de l'hôpital pour le faire soigner, ou encore dévoiler des faits indispensables à connaître pour bien soigner l'enfant, ou encore envisager d'entreprendre une thérapie, si elle a de bonnes raisons de craindre qu'elle risque d'être dénoncée et d'être interceptée par la police?

Lors de la discussion générale du projet au Sénat, un intervenant a très bien cerné le problème en ces termes : « *D'une part, les médecins peuvent constater, à l'occasion d'une simple visite médicale effectuée dans le cadre de l'école, des formes d'abus, auxquelles s'applique le secret professionnel. C'est une bonne chose. Si l'abus commis engendre des problèmes médicaux et que les responsables n'ont pas l'assurance que le médecin s'en tiendra au secret professionnel, on risque de voir que l'enfant ne sera pas soigné par crainte de poursuites pénales. Les soins qui doivent être prodigués à l'intéressé priment encore et toujours la répression pénale* »⁸⁵.

Nul n'ignore que la loi du 28 novembre 2000 a été adoptée alors que la société dans son ensemble, avait développé, depuis les sinistres affaires Dutroux et consorts, un profond sentiment de malaise et d'injustice.

En raison des nombreuses questions suscitées par cet article 458*bis* du Code pénal, nous nous demandons si, par l'adoption de cette nouvelle disposition légale, le législateur n'a pas ouvert la boîte de Pandore.

que les conditions d'application sont réunies en l'espèce. Celles-ci, tout comme les conditions de l'état de nécessité, sont soumises à l'appréciation souveraine du juge du fond. L'objectif de sécurité juridique ne nous semble donc, en aucune manière, être atteint. En outre, l'article 458*bis* semble susceptible d'être interprété de manière divergente » (M. HIRSCH, N. KUMPS, « Secret professionnel et violence à l'égard des mineurs », *op. cit.*, p. 246).

⁸⁵ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} Nathalie DE T'SERCLAES, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1999-2000, 2-280/5, p. 12.